

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/197268>

Please be advised that this information was generated on 2019-12-04 and may be subject to change.

## Makelaardij 2015-2017 (II)

Een makelaar in onroerende zaken bemiddelt bij de koop en verkoop van woningen en bedrijfspanden. In deze kroniek wordt rechtspraak met betrekking tot (de rechtspositie van) de makelaar uit de periode 2015-2017 besproken. Deze kroniek bestaat uit twee delen. In het eerste deel (geplaatst in TvC 2018, afl. 3) zijn de Meetinstructie Gebruiksoppervlakte woningen en het recht op courtage van de makelaar besproken. In dit tweede deel besteed ik aandacht aan de aansprakelijkheid van de (verkopend) makelaar en belangenverstrengeling.

### 1. Aansprakelijkheid van de (verkopend) makelaar

Een makelaar die in opdracht van een verkoper bemiddelt, verricht werkzaamheden die gericht zijn op het tot stand brengen van de door zijn opdrachtgever gewenste koopovereenkomst: hij zoekt kandidaat-kopers (door o.m. te adverteren) en hij begeleidt de verkoper bij de onderhandelingen en het sluiten van de koopovereenkomst. In dit verband verstrekt de makelaar ook informatie aan gegadigden (waaronder de uiteindelijke koper).

De (voor een verkoper optredende) makelaar staat niet in een contractuele verhouding tot de koper. Dit neemt niet weg dat hij jegens de koper (als 'derde') de zorgvuldigheid moet betrachten die in de gegeven omstandigheden van hem mag worden gevergd. Heeft de makelaar onvoldoende zorgvuldig jegens de koper gehandeld, dan kan dit tot gevolg hebben dat hij op grond van *onrechtmatige daad* aansprakelijk is voor de schade die de koper daardoor lijdt (vgl. art. 6:162 BW).<sup>1</sup> Bij de beoordeling of het handelen c.q. nalaten van de makelaar als onrechtmatig – tegenover de koper – moet worden gekwalificeerd, wordt in beginsel met alle omstandigheden (van het betreffende geval) rekening gehouden. Dit blijkt ook uit de hierna te bespreken uitspraken.

*Hof Arnhem-Leeuwarden 1 november 2016, NJF 2016/497<sup>2</sup>*

In een op 1 november 2016 gewezen arrest heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden antwoord gegeven op de vraag of de voor de verkoper optredende makelaar in de gegeven omstandigheden onrechtmatig tegenover de koper (als 'derde') had gehandeld. De relevante feiten waren – in het kort – als volgt:

- Verkopers hebben in mei 2007 aan een makelaar (hierna: Makelaar) de opdracht verstrekt om voor hen te bemiddelen bij de verkoop van hun woning (hierna: de Woning).
- Direct achter de tuin van de Woning lag een stuk grond waarop zich de restanten van een al lang niet meer bewoonde woning (hierna: ruïne) bevonden. Makelaar heeft bij de gemeente Franeker (hierna: Gemeente) navraag gedaan naar de bestaande c.q. toekomstige plannen met betrekking tot de ruïne op het naast de Woning gelegen perceel. Op 17 augustus 2017 heeft een ambtenaar van de Ge-

meente informatie uit het vigerende bestemmingsplan aan Makelaar verstrekt waaruit bleek dat voor de ruïne het bouwvoorschrift voor bijgebouwen gold. Er mocht dus geen woning op het perceel worden gebouwd.

- Er bleek echter begin 2007 (wel) een vergunning voor de (her)bouw van een woning op het perceel met de ruïne (bij de gemeente) te zijn aangevraagd. Die aanvraag is op 7 maart 2007 in de *Franeker Courant* gepubliceerd.
- De gemeenteraad heeft in een (openbare) raadsvergadering van 4 oktober 2007 besloten om medewerking te verlenen aan een vrijstellingsprocedure (ex art. 19 Wet RO) teneinde een woning op het perceel met de ruïne te mogen bouwen. Dit besluit heeft vanaf 10 oktober 2007 ter inzage gelegen.
- Na de Woning meerdere keren te hebben bezichtigd, hebben Kopers op 7 oktober 2007 een koopovereenkomst met Verkopers aangaande de Woning gesloten. Kopers hebben de Woning voor een prijs van € 445 000 gekocht.
- De (notariële) levering van de Woning aan Kopers heeft op 21 december 2007 plaatsgevonden.
- Op 3 juli 2008 is – toch – een bouwvergunning verleend voor het vernieuwen/herbouwen van een woning op het perceel met de ruïne.
- Medio 2009 is uiteindelijk een woning gebouwd op het perceel waarop voorheen een ruïne stond. Die woning staat op circa twee meter afstand van de erfgrans met de Woning.

Kopers stelden schade te hebben geleden doordat op het naast de Woning gelegen perceel (met voorheen een ruïne) een woning is gebouwd. Zij hebben bij het sluiten van de koop (in oktober 2007) aangenomen dat op dat perceel geen woning zou worden gebouwd. De waarde van de Woning is volgens hen gedaald doordat op het belendende perceel (uiteindelijk) toch een woning is gebouwd.

Volgens Kopers is Makelaar aansprakelijk voor deze schade op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Makelaar heeft onrechtmatig gehandeld doordat hij vóór de koop aan Kopers – ten onrechte – heeft medegedeeld 'dat er niet gebouwd zou worden op de plek van de ruïne'. Hierdoor heeft hij niet als een 'redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot' en derhalve onrechtma-

\* Universitair hoofddocent Burgerlijk (proces)recht Radboud Universiteit Nijmegen en vaste medewerker van dit tijdschrift

1. Zie over de aansprakelijkheid van de makelaar uit onrechtmatige daad ook: J.J. Dammingh, 'Makelaardij 2012-2013', *TvC* 2014, afl. 4 (hierna: Dammingh 2014), p. 173-174 en J.J. Dammingh, 'Makelaardij 2014', *TvC* 2015, afl. 4 (hierna: Dammingh 2015), p. 222-225.  
2. ECLI:NL:GHARL:2016:8766. Deze uitspraak is ook gepubliceerd in *RVR* 2017/5.

tig gehandeld, zo hebben Kopers betoogd. Zij hebben een veroordeling van Makelaar tot betaling van schadevergoeding gevorderd.

Makelaar heeft zich tegen deze vordering verweerd. Hij was (voorafgaand aan de koop) niet op de hoogte van de bouwplannen. Volgens hem heeft hij *slechts* tegen Kopers gezegd dat er 'voor zover hem bekend' geen bouwplannen waren ten aanzien van het perceel met de ruïne.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden is er bij zijn beoordeling – veronderstellenderwijs – van uitgegaan dat Makelaar vóór de koop (d.d. 7 oktober 2007) aan Kopers heeft medegedeeld dat er op het naast de Woning gelegen perceel met de ruïne geen woning zou worden gebouwd. Levert dit een onrechtmatige daad van Makelaar jegens Kopers op (nu later is gebleken dat die mededeling ten onrechte is gedaan)? Het hof heeft deze vraag met inachtneming van alle (relevante) omstandigheden van het geval beantwoord. De conclusie van het hof is dat van een onrechtmatige daad *geen* sprake was. Volgens het hof kon niet worden gezegd dat Makelaar tegenover Kopers (als 'derden') niet de zorg van een 'redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot' heeft betracht. Hierbij heeft het hof de volgende omstandigheden in aanmerking genomen:

- a. Op het moment dat Makelaar de mededeling aan Kopers deed (in augustus 2007), mocht volgens het toen geldende bestemmingsplan geen woning op het belendende perceel met de ruïne worden gebouwd (of herbouwd); slechts een bijgebouw (met relatief geringe hoogte) was toegestaan. De mededeling van Makelaar aan Kopers was dus toen niet onjuist.
- b. Door in augustus 2007 navraag bij de Gemeente te doen naar het op dat moment geldende bestemmingsplan heeft Makelaar voldoende onderzoek met het oog op zijn mededeling aan Kopers gedaan. Van hem mocht in de gegeven omstandigheden niet worden gevergd dat hij zijn onderzoek naar de bouw mogelijkheden in de tuin van het belendende perceel later nog eens zou herhalen.
- c. Niet gebleken is dat Makelaar ten tijde van zijn mededeling aan Kopers heeft geweten of had moeten weten van de bouwplannen aangaande het belendende perceel met de ruïne.
- d. Het is een feit van algemene bekendheid dat bestemmingsplannen kunnen wijzigen; ook de (nieuwe) eigenaar van een aangrenzend perceel kan de eigenschappen van een tuin wijzigen.

Het hof heeft op grond van deze omstandigheden geoordeeld dat het handelen (c.q. nalaten) van Makelaar niet als onrechtmatig tegenover Kopers kan worden gekwalificeerd, waardoor geen aansprakelijkheid van Makelaar wordt gevestigd. Het door de rechtbank in eerste aanleg gewezen vonnis (waarin Kopers – ook al – in het ongelijk waren gesteld) is bekrachtigd.

De uitkomst van dit geschil lijkt me – gelet op de in aanmerking genomen omstandigheden – aanvaardbaar, zeker indien wordt bedacht dat Makelaar in opdracht van Verkopers heeft gehandeld (en dus niet als belangenbehartiger

van Kopers kon worden beschouwd). Uiteraard dient een voor de verkoper optredende makelaar hem bekende feiten waarvan hij weet of moet weten dat deze voor een potentiële koper relevant zijn, niet achter te houden, maar in deze zaak is niet gebleken dat Makelaar van de bouwplannen betreffende het belendende perceel heeft geweten. Hij heeft – ook naar mijn mening – voldoende zorgvuldig gehandeld door bij de Gemeente navraag te doen naar de bouw mogelijkheden op het belendende perceel, en er was voor hem geen aanleiding om later nogmaals navraag te doen.

#### *Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 2017<sup>3</sup>*

Het Hof 's-Hertogenbosch heeft zich in een op 17 januari 2017 gewezen arrest eveneens uitgelaten over de vraag of de verkopend makelaar zich in de gegeven omstandigheden onrechtmatig jegens de koper had gedragen. De relevante feiten in deze zaak waren – in het kort – als volgt:

- Verkoper heeft in september 2009 aan een makelaar (hierna: Makelaar) de opdracht verstrekt om voor hem te bemiddelen bij de verkoop van zijn woning (hierna: de Woning). De Woning had onder meer een verhoogde (uitgebouwde) dakopbouw.
- De Woning is voor € 239 000 te koop aangeboden. In de door Makelaar opgestelde verkoopbrochure is onder meer vermeld: 'U dient wel met modernisering rekening te houden'.
- Koper heeft de Woning begin april 2010 – zonder eigen makelaar – bezichtigd. In een e-mail van 6 april 2010 (aan Makelaar) heeft Koper onder meer opgemerkt: '(...) Ik heb direct kenbaar gemaakt dat ik mij ernstige zorgen maak om de kapconstructie en dit blijft voor mij een heel groot risico. (...)'
- Makelaar heeft vervolgens een bouwkundige inspectie voorgesteld. Op 15 april 2010 heeft een Bouwtechnisch Adviesbureau de Woning geïnspecteerd. In het daarvan opgemaakte inspectierapport is onder meer vermeld: 'De aan/opbouwen en overige wijzigingen welke later zijn aangebracht zijn niet vakkundig uitgevoerd. (...) Om tot een duurzame bouwtechnische staat te komen dienen de aan/opbouwen en wijzigingen ongedaan te worden gemaakt (...). Als stelpost voor het verwijderen en opnieuw opbouwen van de later aangebrachte wijzigingen dient men te rekenen op ± € 55.000 (...)'
- In een e-mail van 21 april 2010 (aan Makelaar) heeft Koper onder meer geschreven: '(...) Mijn vermoeden is helaas bevestigd door de onafhankelijke inspectie.'
- Koper heeft toch (op 26 april 2010) een bod van € 190 000 uitgebracht.
- Koper heeft de Woning uiteindelijk gekocht voor een prijs van € 210 000. De koopakte is op 5 mei 2010 door partijen getekend.
- De (notariële) levering heeft op 9 juli 2010 plaatsgevonden.
- Koper heeft Makelaar bij brief van 28 januari 2013 aansprakelijk gesteld voor de schade verband houdend met door hem aan de Woning geconstateerde

3. ECLI:NL:GHSHE:2017:121.

gebreken aan de aan/opbouwen (de – uitgebouwde – dakopbouw).

Koper heeft bij de Rechtbank Zeeland-West-Brabant een veroordeling van Makelaar tot betaling van schadevergoeding op grond van *onrechtmatige daad* gevorderd. Volgens hem was het onrechtmatig handelen (c.q. nalaten) van Makelaar hierin gelegen dat hij – ten onrechte – *verder* bouwkundig onderzoek achterwege heeft gelaten nadat het Bouwtechnisch Adviesbureau haar rapport van de inspectie (d.d. 15 april 2010) had uitgebracht.

Het hof heeft de vordering van Koper – evenals de rechtbank in eerste aanleg – afgewezen. Daartoe heeft het hof overwogen dat in het rapport van het Bouwtechnisch Adviesbureau onomwonden is gesteld dat de aan/opbouwen niet vakkundig zijn uitgevoerd en ongedaan moeten worden gemaakt. Uit de e-mail die Koper op 21 april 2010 aan Makelaar heeft gestuurd, blijkt dat hij het rapport grondig heeft gelezen. Omdat het rapport voldoende duidelijk was en Koper goed van de inhoud ervan door-drongen was, valt volgens het hof niet in te zien dat Makelaar verder bouwkundig onderzoek had moeten laten doen en/of Koper had behoren te waarschuwen voor mogelijke problemen met de aan/opbouwen.

Ik ben het met dit oordeel eens. In het algemeen geldt immers dat noch een verkoper, noch diens makelaar gehouden is om een potentiële koper ongevraagd te informeren over (bouwkundige) gebreken c.q. omstandigheden die reeds genoegzaam bij die koper bekend zijn. Een mededelingsplicht is in beginsel slechts aan de orde ten aanzien van bij de verkoper of zijn makelaar bekende feiten die de koper niet kent en waarvan de verkoper c.q. zijn makelaar weet of moet weten dat die voor de door de koper te nemen aankoopbeslissing van belang zijn. Aangenomen mag worden dat Koper in voldoende mate bekend was met de ‘gebrekigheid’ van de aan/opbouwen. In een dergelijk geval is er geen gehoudenheid voor de verkoper en/of diens makelaar om de koper (nader) te informeren.<sup>4</sup> Het is dan aan de koper om – zo hij dat wenselijk acht – nader onderzoek te (laten) verrichten.

De slotsom is dat Makelaar niet onrechtmatig jegens Koper heeft gehandeld, waardoor Koper de door hem gestelde schade niet op Makelaar kan afwentelen. Gezien de aan de orde zijnde omstandigheden – zoals af te leiden uit het arrest – lijkt deze uitkomst mij niet onbevredigend. Een verkopend makelaar behoort wel de nodige zorgvuldigheid te betrachten jegens een (potentiële) koper, maar hij is – zoals ik hiervoor al benadrukte – niet een belangenbehartiger van de koper. Een koper die behoefte aan deskundige bijstand heeft, zal zelf een makelaar in de arm moeten nemen. Hij mag ervan uitgaan dat de verkopend makelaar zorgvuldig jegens hem handelt, maar hij mag niet verwachten dat deze zijn belangen (optimaal) behartigt.

### *Aansprakelijkheid vanwege schending van de Meetinstructie*

In het eerste deel van deze kroniek (in *TvC* 2018, afl. 3) ben ik ingegaan op de aansprakelijkheid van een voor de verkoper optredende makelaar jegens een koper (als *derde*) vanwege het niet in acht nemen van de ‘Meetinstructie Gebruiksoppervlakte woningen’ (hierna: Meetinstructie).<sup>5</sup> Makelaars die lid zijn van de NVM, de VBO of Vastgoedpro, zijn verplicht om bij de vermelding van het oppervlak van een te koop aangeboden woning – op Funda en/of in een verkoopbrochure – de Meetinstructie in acht te nemen. Concreet betekent dit dat het *netto* woonoppervlak (vastgesteld volgens de Meetinstructie) moet worden vermeld.

Ik besprak in dit verband onder meer een arrest van het Hof Amsterdam van 24 januari 2017 (*NJF* 2017/120).<sup>6</sup> In die zaak had de verkopend NVM-makelaar (hierna: Makelaar) in de verkoopinformatie een woonoppervlak van 80 m<sup>2</sup> vermeld. Mede op basis van deze informatie had de koper (hierna: Koper) de woning voor een prijs van € 415 000 gekocht. Later bleek het *netto* woonoppervlak slechts 71 m<sup>2</sup> te zijn. Makelaar had niet met inachtneming van de Meetinstructie de juiste oppervlakte in de verkoopbrochure (en op Funda) vermeld. Koper heeft Makelaar in verband hiermee – op grond van onrechtmatige daad – aansprakelijk gesteld.

Het Hof Amsterdam was van oordeel dat Makelaar onrechtmatig jegens Koper heeft gehandeld. Als ‘redelijk bekwaam en redelijk handelend NVM-makelaar’ had Makelaar de Meetinstructie (op juiste wijze) behoren toe te passen. Dat heeft hij ten onrechte niet gedaan, waardoor hij volgens het hof aansprakelijk is voor de schade die Koper als gevolg van deze onrechtmatige daad heeft geleden.

Makelaar blijkt cassatieberoep tegen het door het hof gewezen arrest te hebben ingesteld. Hij heeft in cassatie betoogd dat aan het niet in acht nemen van de Meetinstructie – als verenigingsvoorschrift – niet *zonder meer* de conclusie kan worden verbonden dat de verkopend makelaar onrechtmatig jegens de koper heeft gehandeld. A-G Valk was in de door hem genomen conclusie van mening dat de cassatieklacht behoorde te worden gehonoreerd.<sup>7</sup> Ook volgens de A-G levert het niet in acht nemen van de Meetinstructie niet per definitie een onrechtmatige daad op. Beslissend voor de (on)rechtmatigheid is welk *vertrouwen* de potentiële koper in de gegeven omstandigheden aan de door de verkopend makelaar verstrekte informatie heeft mogen ontlenen. Hierbij is mede van belang op welke wijze de informatie is gepresenteerd (is bijvoorbeeld ‘circa (...) m<sup>2</sup>’ vermeld, of is wellicht aangegeven dat het opgegeven oppervlak een schatting betreft), en tevens kan relevant zijn of de makelaar een voorbehoud heeft gemaakt.

4. Zie o.m. Asser/Hijma 7-I\* 2013/233 en J.J. Dammingh, ‘Wanneer rust op een verhuurder (of verkoper) een mededelingsplicht?’, *ORP* 2016, afl. 3, p. 30-33.

5. J.J. Dammingh, ‘Makelaardij 2015-2017 (I)’, *TvC* 2018, afl. 3 (hierna: Dammingh 2018), p. 153-156.

6. ECLI:NL:GHAMS:2017:191. Dit arrest is gepubliceerd in *NJF* 2017/120 en *RVR* 2017/27.

7. ECLI:NL:PHR:2018:304.

Volgens de A-G heeft het hof ten onrechte niet onderzocht welk *vertrouwen* Koper in de gegeven omstandigheden in redelijkheid aan de door Makelaar gedane opgave (omtrekt de oppervlakte) heeft kunnen ontlelen. Het heeft bij de toepassing van de (ongeschreven) zorgvuldigheidsnorm *beslissende* betekenis aan de Meetinstructie toegekend, en dat is naar de mening van de A-G onjuist.<sup>8</sup> De Meetinstructie is relevant en legt gewicht in de schaal, maar niet zonder een afweging in samenhang met de andere in het gegeven geval aan de orde zijnde omstandigheden. De A-G heeft dan ook tot vernietiging van het bestreden arrest geconcludeerd.

De Hoge Raad heeft op 13 juli 2018 arrest gewezen.<sup>9</sup> Het opmerkelijke van dit arrest is dat de Hoge Raad op zich de conclusie van de A-G volgt, maar het bestreden arrest toch *niet* heeft vernietigd. De overwegingen van de Hoge Raad komen – in de kern – op het volgende neer:

- Een verkopend makelaar handelt onrechtmatig jegens een koper indien hij niet de zorgvuldigheid betracht die in de gegeven omstandigheden van hem mag worden verwacht. Daarvan kan onder meer sprake zijn indien de makelaar voorafgaand aan de koop onjuiste of misleidende informatie aan de koper verstrekt over eigenschappen van de zaak waarvan hij moet begrijpen dat deze voor de koper relevant kunnen zijn. Indien het een woning betreft, behoort tot die eigenschappen in het algemeen het woonoppervlak. Bij de beoordeling of de makelaar – door het verstrekken van dergelijke onjuiste of misleidende informatie – onrechtmatig jegens de koper heeft gehandeld, komt het aan op het *vertrouwen* dat de koper in de gegeven omstandigheden aan die informatie mocht ontlelen.
- Het hof heeft – niet onbegrijpelijk – vastgesteld dat (o.m.) de NVM toepassing van de Meetinstructie voor de bij haar aangesloten makelaars verplicht heeft gesteld *omdat* derden erop moeten kunnen vertrouwen dat het woonoppervlak dat bij een verkoop wordt vermeld, het *netto* gebruiksoppervlak betreft (bepaald volgens NEN 2580).
- Aldus bepaalt de Meetinstructie in belangrijke mate het vertrouwen dat de koper mag ontlelen aan het in de verkoopinformatie genoemde oppervlak: in beginsel mag hij ervan uitgaan dat het vermelde oppervlak is bepaald met inachtneming van de Meetinstructie (en dus overeenkomt met het netto woonoppervlak van de woning). Dat kan echter *anders* zijn indien de koper uit verklaringen of gedragingen van de makelaar heeft moeten begrijpen dat het in de verkoopinformatie vermelde oppervlak niet volgens de Meetinstructie is bepaald *of* de omstandigheden van het geval de koper anderszins aanleiding hadden moeten geven tot twijfel over de juistheid van het opgegeven oppervlak.
- De stelplicht en de bewijslast ter zake van dergelijke aan het vertrouwen van de koper afbreuk doende

verklaringen, gedragingen en/of andere omstandigheden rusten op de (verkopend) makelaar.

Koper mocht er kortom op vertrouwen dat het in de verkoopinformatie vermelde oppervlak – van 80 m<sup>2</sup> – het *netto* woonoppervlak betrof (bepaald met inachtneming van de Meetinstructie). De vermelding van een onjuist oppervlak (d.w.z. een niet conform de Meetinstructie vastgesteld oppervlak) levert een onrechtmatige daad van Makelaar op, *tenzij* Koper uit verklaringen en/of gedragingen van Makelaar dan wel uit andere omstandigheden heeft moeten begrijpen dat het in de verkoopinformatie vermelde oppervlak niet volgens de Meetinstructie is vastgesteld. Het was aan Makelaar om dergelijke verklaringen, gedragingen en/of andere omstandigheden te stellen en – bij gemotiveerde betwisting – te bewijzen.

Makelaar heeft niet aan deze op hem rustende stelplicht en bewijslast voldaan. De Hoge Raad heeft benadrukt dat met het verwijzen naar de vermelding in de verkoopbrochure dat aan de inhoud daarvan ‘geen rechten kunnen worden ontleend’, niet aan die stelplicht wordt voldaan. Ook de aanduiding ‘*circa* (...) m<sup>2</sup>’ leidt volgens de Hoge Raad in beginsel (nog) niet tot de conclusie dat de koper heeft moeten twijfelen aan de juistheid van het in de verkoopinformatie vermelde oppervlak. Nu Makelaar niet aan de op hem rustende stelplicht had voldaan, kon het oordeel van het hof dat het niet in acht nemen van de Meetinstructie een onrechtmatige daad jegens Koper oplevert, intact worden gelaten.

Welke les kan uit dit arrest worden getrokken? Mijns inziens vooral dat een verkopend makelaar die in de verkoopinformatie een oppervlak van de te koop aangeboden woning heeft vermeld dat niet met inachtneming van de Meetinstructie is vastgesteld, daarmee *in beginsel* een onrechtmatige daad jegens de koper pleegt. Die onrechtmatigheid ontbreekt echter indien de koper op grond van verklaringen of gedragingen van de makelaar dan wel op grond van andere omstandigheden had behoren te twijfelen aan de juistheid van het opgegeven oppervlak. Het is aan de – tot schadevergoeding aangesproken – makelaar om feiten en omstandigheden te stellen die de koper aanleiding tot twijfel hadden moeten geven. Ik merk volledigheidshalve nog op dat de koper lang niet altijd daadwerkelijk schade zal lijden als gevolg van een onrechtmatige daad van de (verkopend) makelaar bestaande uit het vermelden van een onjuist oppervlak. Want zou de koper wel een lagere koopprijs voor de woning hebben betaald indien hij met het juiste oppervlak bekend zou zijn geweest? In veel gevallen zal dat niet zo zijn (waardoor van schade geen sprake is). Ik verwijs naar hetgeen ik hierover in het eerste deel van deze kroniek heb opgemerkt.<sup>10</sup>

8. Zie punt 2.4 van de conclusie van de A-G.

9. ECLI:NL:HR:2018:1176.

10. Dammingh 2018, p. 154-155.

*Hoge Raad 9 september 2016, RAV 2016/102 (Rabobank/Makelaar X)*<sup>11</sup>

In het kader van de aansprakelijkheid van een makelaar jegens een *derde* op grond van onrechtmatige daad wijs ik tevens op een arrest van de Hoge Raad van 9 september 2016. Hierin heeft de Hoge Raad – met toepassing van art. 81 lid 1 Wet RO (Wet op de rechterlijke organisatie) – het cassatieberoep dat de Rabobank (hierna: de Bank) tegen een uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 23 september 2014 had ingesteld, verworpen. Die uitspraak van het hof heb ik in mijn kroniek over het jaar 2014 besproken.<sup>12</sup> Het ging – in het kort – om het volgende. Concept Kids Europe BV en haar ‘moeder’ (hierna gezamenlijk: de onderneming) wilden met het oog op de financiering van hun bedrijfsactiviteiten krediet van de Bank. Tot zekerheid van de terugbetaling van het te verstrekken krediet wenste de Bank dat de onderneming een hypotheekrecht op haar bedrijfspand (ten gunste van de Bank) zou vestigen. De Bank wilde – zoals te doen gebruikelijk – vooraf duidelijkheid over de waarde van het onderpand. De onderneming heeft daarom aan Makelaar X de opdracht verstrekt om haar bedrijfspand te taxeren. Makelaar X heeft de opdracht uitgevoerd en aan de onderneming – als zijn opdrachtgeefster – een taxatierapport uitgebracht. Later is gebleken dat Makelaar X bij zijn taxatie een *fout* heeft gemaakt. De Bank heeft als gevolg van de onjuiste taxatie schade geleden. Zij heeft een veroordeling van Makelaar X tot vergoeding van haar schade (op grond van onrechtmatige daad) gevorderd. Ter afwijking van aansprakelijkheid heeft Makelaar X zich beroepen op een beding in het taxatierapport, ertoe strekkend dat hij voor de inhoud ervan geen verantwoordelijkheid jegens derden (zoals i.c. de Bank) aanvaardt.

Het hof heeft de vordering van de Bank afgewezen, daartoe overwegend dat Makelaar X zich – ter afwijking van aansprakelijkheid – met succes jegens de Bank op voormeld beding in het taxatierapport kon beroepen. Ik schreef in mijn kroniek dat het oordeel van het hof mijns inziens aanvaardbaar is.<sup>13</sup> De Bank heeft in cassatie echter over dat oordeel geklaagd en daarbij gesteld dat het hof ten onrechte heeft beslist dat Makelaar X zich met succes jegens de Bank op het beding kan beroepen.

De conclusie van A-G Timmerman<sup>14</sup> bevat enkele overwegingen die voor de praktijk relevant zijn. Volgens de A-G gaat het in deze zaak om de vraag of een makelaar (taxateur) zijn zorgplicht jegens een derde-financier kan uitsluiten door middel van een in zijn taxatierapport opgenomen beding (in het geval dat hij weet dat zijn rapport door die derde-financier zal worden gebruikt met het oog op een beslissing over het verstrekken van financiering). Afhankelijk van de omstandigheden van het geval moet worden bepaald of de makelaar een – buitencontractuele – zorgplicht jegens de bank (als *derde*) heeft, en – zo

ja – wat de inhoud en de reikwijdte daarvan zijn. Wat is in dit kader de invloed van een door de makelaar in zijn taxatierapport opgenomen beding dat strekt tot uitsluiting van aansprakelijkheid jegens derden (zoals i.c. de Bank)? De A-G leidt uit het arrest HR 17 februari 2012, *NJ 2012/290 (Savills/Pasman)*<sup>15</sup> – door mij besproken in mijn kroniek over 2012/2013<sup>16</sup> – af dat een dergelijk beding van invloed kan zijn op het *vertrouwen* dat de derde mag hebben in de ten opzichte van hem te betrachten zorgvuldigheid. Ook wanneer voorzienbaar is dat een derde (zoals i.c. de Bank) vertrouwen zal stellen in een bepaalde prestatie zoals een taxatierapport, is het mogelijk dat een daarin opgenomen beding verhindert dat de derde er gerechtvaardigd op mag vertrouwen dat de makelaar (taxateur) met dat rapport (ook) een zorgplicht jegens hem in acht neemt. Volgens de A-G kan het beding aldus de onrechtmatigheid aan het handelen c.q. nalaten jegens die derde doen ontvallen.<sup>17</sup> Hij voegt daaraan toe:

‘Het lijkt mij niet alleen legitiem, maar voor een goed kunnen functioneren van vele soorten van dienstverlening soms ook noodzakelijk, om niet zomaar aan elke aansprakelijkheid jegens meer of minder direct bij de betreffende prestatie betrokken derden bloot te (willen) staan. Bovendien acht ik het ongerijmd wanneer de dienstverlener/beeroepsbeoefenaar, die zijn aansprakelijkheidspositie jegens zijn *opdrachtgever* (gewoon) kan reguleren, daartoe geen enkele mogelijkheid zou hebben jegens (voorzienbare) derden. Menig (advies-/transactie-/enz.) praktijk draait thans, en moet ook kunnen blijven draaien, op de – m.i. terecht – aanname dat dit wel mogelijk is, mits het redelijke vertrouwen van een derde in de jegens hem in acht te nemen zorg door een mededeling deugdelijk is gereguleerd.’<sup>18</sup>

Ik ben het met deze toevoeging van de A-G eens. Het verstrekken van onjuiste informatie door c.q. een fout van de makelaar levert niet zonder meer een onrechtmatige daad jegens een derde op. Aan de hand van de omstandigheden van het geval moet worden vastgesteld of het verstrekken van de onjuiste informatie c.q. de fout een onrechtmatige daad oplevert. Een beding of een mededeling *kan* meebrengen dat de derde er niet (zonder meer) op heeft mogen vertrouwen dat de door de makelaar verstrekte informatie – in bijvoorbeeld een verkoopbrochure of een taxatierapport – juist is. Of dat vertrouwen er (bij de derde) niet heeft mogen zijn, zal mede afhangen van de duidelijkheid van het beding (c.q. de mededeling).

De A-G heeft geconcludeerd tot verwerping van de door de Bank geformuleerde klachten. Het hof heeft volgens hem terecht onderzocht of de Bank het beding in het taxatierapport aldus mocht begrijpen dat Makelaar X desondanks een zorgplicht jegens haar in acht zou nemen

11. ECLI:NL:HR:2016:2044.

12. Dammingh 2015, p. 224-225.

13. Dammingh 2015, p. 225.

14. Conclusie A-G L. Timmerman van 20 mei 2016, ECLI:NL:PHR:2016:535.

15. ECLI:NL:HR:2012:BU9891.

16. Dammingh 2014, p. 173-174.

17. Zie punt 3.8 en 3.11 van de conclusie van de A-G (o.m. te vinden in *RvdW* 2016/935 en *RAV* 2016/102).

18. Zie punt 3.12 van de conclusie van de A-G (o.m. te vinden in *RvdW* 2016/935 en *RAV* 2016/102).

voor zover het de inhoud van dat rapport betrof. Het hof heeft geconcludeerd dat dit niet het geval was, en de A-G acht dit niet onbegrijpelijk.

De Hoge Raad heeft – zoals hiervoor al opgemerkt – de conclusie van de A-G gevolgd en het cassatieberoep van de Bank verworpen. Daar valt wat mij betreft weinig op af te dingen.<sup>19</sup>

## 2. Belangenverstrengeling

Een makelaar is een *partijdige* belangenbehartiger: in opdracht van de verkoper of de koper bemiddelt hij bij het sluiten van een koopovereenkomst. Hij treedt niet in opdracht van *zowel* de verkoper als de koper bij dezelfde te sluiten koopovereenkomst – als bemiddelaar – op (hij onthoudt zich van *tweezijdige bemiddeling*).<sup>20</sup> En evenmin sluit hij zelf als wederpartij een koopovereenkomst met zijn opdrachtgever (ook ‘Selbsteintritt’ is niet aan de orde).<sup>21</sup>

De makelaar dient overigens ‘transparant’ ten opzichte van zijn opdrachtgever te zijn over iedere vorm van mogelijke belangenverstrengeling. Art. 7:418 (juncto art. 7:427) BW legt aan de makelaar die een *eigen* belang heeft bij het sluiten van een koopovereenkomst waarvoor hij zich in opdracht van verkoper of koper inspannt, de verplichting op om zijn opdrachtgever daarvan in kennis te stellen.

*Stel*: de makelaar heeft in opdracht van de verkoper een koopovereenkomst met een besloten vennootschap als koopster tot stand gebracht. Hij heeft echter tegenover zijn opdrachtgever (de verkoper) *verzwegen* dat hij een aanmerkelijk belang heeft in c.q. direct betrokken is bij het beleid van de kopende vennootschap. Wat zijn de rechtsgevolgen van deze (opzettelijke) verzwijging? Is de – door de bemiddeling van de makelaar gesloten – koopovereenkomst geldig? Heeft de makelaar (toch) recht op de afgesproken courtage? Is hij mogelijk op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad aansprakelijk jegens de verkoper? Deze vragen waren aan de orde in een geschil dat tot een drietal arresten van de Hoge Raad heeft geleid. De relevante feiten waren – in het kort – als volgt:

- De gebroeders Van Eendenburg (hierna gemakshalve in enkelvoud: Eendenburg) waren gezamenlijk eigenaar van twee percelen grond, gelegen in de gemeente Den Haag en de gemeente Westland. De beide gemeenten wilden de grond met het oog op de ontwikkeling van de Vinexlocatie Wateringse Veld (woningbouw) verwerven. Vandaar dat zij een voorkeursrecht (krachtens de Wet voorkeursrecht gemeenten) op de percelen hebben gevestigd.

- De gemeente Den Haag heeft in samenwerking met Bouwfonds de Ontwikkelingscombinatie Wateringse Veld (hierna: Ontwikkelingscombinatie) opgericht ter ontwikkeling van de locatie. Ontwikkelingscombinatie heeft medio 1997 het aanbod aan Eendenburg gedaan om de voornoemde percelen voor een prijs van f 3 000 000 te kopen. Eendenburg heeft dit aanbod afgeslagen.
- In 1996 is Alternatieve Bouw en Ontwikkelingscombinatie Wateringseveld B.V. (hierna: Alternatieve) opgericht, een vennootschap die tegenwicht wilde bieden aan Ontwikkelingscombinatie bij de ontwikkeling van het Wateringse Veld. Van Zanten was niet de bestuurder van Alternatieve, maar wel had hij er een aanmerkelijk belang in en ook bepaalde hij feitelijk het beleid in (de bedrijfsvoering van) Alternatieve.
- Eendenburg heeft in september 1996 aan Agromak B.V. – een vennootschap waarvan Van Zanten de directeur is en die handelt onder de naam ‘Adviesbureau Van Zanten’ – de opdracht verstrekt om voor hem te bemiddelen bij de verkoop van de voornoemde percelen.
- Van Zanten heeft vervolgens bemiddeld tussen Eendenburg en Alternatieve over de ver- c.q. aankoop van voornoemde percelen. Hij heeft daarbij zijn betrokkenheid bij Alternatieve tegenover Eendenburg *verzwegen*. Uiteindelijk is in of omstreeks oktober 1997 overeenstemming tussen Eendenburg (als verkoper) en Alternatieve (als koopster) bereikt voor een koopprijs van f 6 000 000.<sup>22</sup>
- In 1998 is het Haagse deel van de voornoemde percelen onteigend (hiervoor is later een schadeloosstelling vastgesteld). Ondanks pogingen daartoe is een onteigening van het gedeelte van de voornoemde percelen dat in de gemeente Westland was gelegen, achterwege gebleven. Bij Koninklijk Besluit van 6 augustus 2002 is aan het raadsbesluit tot onteigening goedkeuring onthouden.
- Alternatieve heeft in het najaar van 2002 op grond van de in 1997 gesloten koopovereenkomst aanspraak gemaakt op levering door Eendenburg van het in de gemeente Westland gelegen deel van de aan haar verkochte grond. Dit tegen betaling van de eerder afgesproken koopprijs ad f 6 000 000 onder aftrek van een bedrag in verband met het onteigende (Haagse) deel van de voornoemde percelen. Eendenburg was niet bereid om aan een levering mee te werken.

Hierop heeft Alternatieve in 2003 in een procedure bij de Rechtbank Den Haag een veroordeling van Eenden-

19. Zie over dit arrest ook: P.H. Kramer, ‘De zorgplicht van beroepsbeoefenaren jegens derden en de invloed van gebruiksbedingen en exoneraties in rapportages’, *MvV* 2017, afl. 11, p. 315-324.

20. Dit volgt uit art. 7:427 juncto art. 7:417 BW. Voor alle makelaarsverenigingen (NVM, VBO en Vastgoedpro) geldt dat zij het hun leden verbieden om *tweezijdig* te bemiddelen. Zie hierover o.m.: J.J. Dammingh, ‘Tweezijdige bemiddeling door de makelaar o.g.’, in: S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber & J.A.M. Strens-Meulemeester (red.), *Vertegenwoordiging en tussenpersonen* (Serie Onderneming en Recht, deel 17), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999 (hierna: Dammingh 1999), p. 349-370 en J.J. Dammingh, *Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2002 (hierna: Dammingh 2002), p. 127-140.

21. Zie art. 7:427 juncto art. 7:416 BW. De makelaarsverenigingen staan ook ‘Selbsteintritt’ niet toe. Zie hierover o.m.: Dammingh 1999, p. 361-363 en 366-369 en Dammingh 2002, p. 136-139.

22. Tussen partijen was (in de procedure) in geschil of tussen hen een koopovereenkomst tot stand was gekomen. De rechtbank in eerste aanleg meende van niet, maar in hoger beroep was het hof van oordeel dat partijen wel een koopovereenkomst hadden gesloten.

burg tot levering van de verkochte grond (in de gemeente Westland) gevorderd. Eendenburg heeft verweer gevoerd. Hij had inmiddels ontdekt dat Van Zanten direct – als aandeelhouder en feitelijke beleidsbepaler – bij Alternatieve betrokken was. Hierdoor heeft Van Zanten, optredend als makelaar voor Eendenburg, diens belang niet optimaal behartigd bij het sluiten van de koopovereenkomst met Alternatieve, zo heeft Eendenburg gesteld.

Vaststond dat Van Zanten zijn belang in Alternatieve heeft verzwegen, terwijl uit (art. 7:427 juncto) art. 7:418 lid 1 BW volgt dat hij Eendenburg – als zijn (indirecte) opdrachtgever<sup>23</sup> – hierover had moeten informeren. Het feit dat Van Zanten heeft nagelaten om Eendenburg vooraf over zijn betrokkenheid bij Alternatieve in te lichten, levert een toerekenbare tekortkoming (wanprestatie) op, waardoor Van Zanten (althans ‘zijn’ vennootschap Agromak B.V.) aansprakelijk is voor de schade die Eendenburg daardoor heeft geleden. Daarnaast blijkt uit art. 7:418 lid 2 BW dat een makelaar die de ingevolge art. 7:418 lid 1 BW op hem rustende kennisgevingsplicht schond, geen aanspraak op courtage (loon) kan maken.

Een handelen in strijd met art. 7:418 BW brengt in beginsel niet mee dat de via de bemiddeling van de makelaar tot stand gebrachte koopovereenkomst ongeldig is. Eendenburg heeft in de procedure echter de vernietiging van de koopovereenkomst op grond van bedrog (ex art. 3:44 lid 1 en 3 BW) dan wel dwaling (art. 6:228 lid 1 BW) ingeroepen: Eendenburg zou de koopovereenkomst met Alternatieve niet – althans niet op dezelfde condities – hebben gesloten *indien* hij met de betrokkenheid van Van Zanten bij Alternatieve bekend zou zijn geweest.

Het Hof Den Haag heeft (in appèl) het beroep op zowel bedrog als dwaling verworpen omdat:

- a. aannemelijk is dat het Eendenburg er hoofdzakelijk om te doen was een hogere prijs voor de percelen te ontvangen dan de door Ontwikkelingscombinatie geboden prijs ad f 3 000 000. Eendenburg heeft met Alternatieve een aanmerkelijk hogere prijs – namelijk f 6 000 000 – kunnen afspreken; en
- b. Eendenburg – tegen die achtergrond – onvoldoende concreet heeft onderbouwd dat hij geen koopovereenkomst met Alternatieve zou hebben gesloten indien hij het belang van Van Zanten in Alternatieve zou hebben gekend.

Het hof heeft Eendenburg ertoe veroordeeld om aan de (notariële) levering van de verkochte grond mee te werken.

Eendenburg heeft cassatieberoep ingesteld en daarin betoogd dat het hof te strenge eisen aan de op hem rustende stelplicht heeft gesteld, nu Van Zanten zijn belang in Alternatieve heeft verzwegen (waardoor het lastig is om te onderbouwen wat precies de invloed van de belangenverstrengeling op het onderhandelingsresultaat is geweest).

Ook de omstandigheid dat Eendenburg een hogere prijs heeft bedongen dan de eerder door Ontwikkelingscombinatie geboden prijs, verhindert een succesvol beroep op bedrog c.q. dwaling niet, aldus Eendenburg. Voor een beroep op bedrog c.q. dwaling is immers voldoende dat de overeenkomst – bij een juiste voorstelling van zaken – niet onder dezelfde voorwaarden zou zijn gesloten.

De Hoge Raad heeft de klachten van Eendenburg in zijn arrest van 4 september 2009, *NJ 2009/398 (Van Eendenburg c.s./Alternatieve)*<sup>24</sup> gehonoreerd. Hij heeft vooropgesteld dat voor een beroep op bedrog of dwaling *niet* is vereist dat de bedrogene c.q. de dwalende door het sluiten van de overeenkomst (onder invloed van het wilsgebrek) is *benadeeld*. Wel is vereist dat hij de overeenkomst zonder het wilsgebrek niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten. Tegen deze achtergrond vindt de overweging van het hof dat een vernietiging van de koop achterwege moet blijven omdat Eendenburg jegens Alternatieve een aanmerkelijk hogere koopprijs heeft bedongen, geen genade in de ogen van de Hoge Raad. Daaruit volgt immers niet dat geen koopovereenkomst tegen een (nog) hogere koopprijs en op voor Eendenburg gunstiger voorwaarden zou zijn gesloten indien het bedrog c.q. de dwaling niet zou hebben plaatsgehad. De Hoge Raad heeft daarnaast overwogen dat aan de stelplicht die rust op een opdrachtgever die zich beroept op een wilsgebrek omdat zijn makelaar diens betrokkenheid bij de wederpartij heeft verzwegen, geen strenge eisen mogen worden gesteld.

De Hoge Raad heeft het bestreden arrest vernietigd en de zaak ter verdere behandeling en beslissing naar het Hof Amsterdam verwezen. In een arrest van 23 augustus 2011, *NJF 2011/477 (Alternatieve/Van Eendenburg c.s.)*<sup>25</sup> heeft het Hof Amsterdam het beroep van Eendenburg op het wilsgebrek bedrog (alsnog) gehonoreerd. Het hof heeft onder meer overwogen:

‘Voorts moet ervan worden uitgegaan dat De Alternatieve, door Van Eendenburg niet mee te delen dat Van Zanten een aanmerkelijk belang had in De Alternatieve en de feitelijke beleidsbepaling in De Alternatieve door Van Zanten plaatsvond, Van Eendenburg willens en wetens op dit punt heeft misleid, en met name ook dat Van Zanten zelf – wiens handelen als feitelijk beleidsbepaler aan De Alternatieve kan worden toegerekend – willens en wetens de gewraakte feiten tegenover Van Eendenburg heeft verzwegen. (...)’

De opzettelijke verzwijging brengt kortom mee dat Eendenburg zich met succes op bedrog kan beroepen. Ook het vereiste causaal verband tussen het bedrog en het sluiten van de koopovereenkomst (met Alternatieve) heeft het hof aanwezig geacht: volgens het hof is voldoende aannemelijk dat Eendenburg zonder het bedrog *deze* koopovereenkomst niet zou hebben gesloten. De slotsom is dat Alternatieve – gelet op het geslaagde beroep van

23. Ik spreek hier van ‘indirecte opdrachtgever’ omdat de opdracht weliswaar formeel aan Agromak B.V. is verstrekt, maar Van Zanten – de dga van deze B.V. – als de *feitelijke* opdrachtnemer kon worden beschouwd. Zie ook art. 7:404 BW.

24. ECLI:NL:HR:2009:BH7854.

25. ECLI:NL:GHAMS:2011:BW7109.



Eendenburg op het wilsgebrek bedrog – niet met succes aanspraak op nakoming van de koopovereenkomst kan maken. Het hof heeft de vorderingen van Alternatieve daarom afgewezen. Alternatieve heeft hiertegen cassatieberoep ingesteld. De Hoge Raad heeft dit beroep echter in zijn arrest van 22 februari 2013, *RvdW* 2013/311 (*Alternatieve/Van Eendenburg c.s.*)<sup>26</sup> – met toepassing van art. 81 lid 1 Wet RO (Wet op de rechterlijke organisatie) – verworpen.

Met voormeld arrest van de Hoge Raad uit 2013 is het procederen tussen partijen niet geëindigd. In 2012 heeft Eendenburg bij de Rechtbank Den Haag een (nieuwe) procedure tegen zowel Alternatieve als Van Zanten ahangig gemaakt, waarin hij een hoofdelijke veroordeling van hen tot schadevergoeding heeft gevorderd. De schade waarvan Eendenburg vergoeding heeft gevorderd, betreft de *volledige* kosten van juridische bijstand gemoeid met het namens hem gevoerde verweer in de procedure die Alternatieve eerder tegen hem ahangig had gemaakt. De vordering tot schadevergoeding is gebaseerd op onrechtmatige daad: door opzettelijk te verzwijgen dat Van Zanten ten tijde van het sluiten van de koop aandeelhouders was in Alternatieve en feitelijk haar beleid bepaalde, hebben Alternatieve en Van Zanten bedrog gepleegd en daarmee onrechtmatig jegens Eendenburg gehandeld, aldus Eendenburg.

De rechtbank (in eerste aanleg) en het Hof Den Haag (in hoger beroep) hebben Eendenburgs vordering tot schadevergoeding grotendeels toegewezen. Bij arrest van 15 december 2015 heeft het hof beslist dat zowel Alternatieve als Van Zanten onrechtmatig jegens Eendenburg heeft gehandeld. Met betrekking tot het onrechtmatig handelen van Alternatieve overwoog het hof:

‘De onrechtmatigheid van het handelen van De Alternatieve c.s. is (reeds) gelegen in het tot stand brengen van de overeenkomst in de wetenschap dat Van Eendenburg c.s. onwetend waren van een zo relevant gegeven dat hun makelaar een belang in de koper had. (...)’

Door aan te dringen op nakoming van de overeenkomst en te proberen die overeenkomst in rechte af te dwingen in de wetenschap dat zij was gebaseerd op bedrog, althans onwetendheid bij Van Eendenburg c.s. over de rol van Van Zanten, hebben De Alternatieve c.s. misbruik gemaakt van hun recht en daarmee onrechtmatig jegens Van Eendenburg c.s. gehandeld.’

En ter zake van de onrechtmatigheid van het handelen van Van Zanten werd door het hof overwogen:

‘Het is onrechtmatig wanneer een bemiddelaar en adviseur zijn cliënten een koopovereenkomst adviseert terwijl hijzelf indirect bij de koper is betrokken, zonder dat hij zijn cliënten van die betrokkenheid op de hoogte stelt.

Nu Van Zanten dit laatste niet gedaan heeft, is gegeven dat hij onrechtmatig heeft gehandeld.’

Alternatieve en Van Zanten hebben tegen het arrest van 15 december 2015 cassatieberoep ingesteld. In zijn arrest van 15 september 2017, *NJ* 2018/164 (*Alternatieve en Van Zanten/Van Eendenburg c.s.*)<sup>27</sup> heeft de Hoge Raad dit beroep verworpen.<sup>28</sup>

### 3. Tot besluit

Een in opdracht van de verkoper handelende makelaar dient (ook) tegenover de koper de nodige zorgvuldigheid te betrachten. Heeft hij onvoldoende zorgvuldig gehandeld, dan kan dit tot gevolg hebben dat hij op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk is voor de schade die de koper daardoor lijdt. Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft in zijn hiervoor besproken arrest van 1 november 2016 overwogen dat een makelaar die bij de gemeente heeft nagevraagd welke bestemming op een belendend perceel rust, dit in een later stadium niet opnieuw hoeft te doen (tenzij de omstandigheden ertoe nopen nogmaals navraag te doen). En het Hof 's-Hertogenbosch heeft in zijn arrest van 17 januari 2017 benadrukt dat de makelaar niet gehouden is om een potentiële koper te wijzen op (bouwkundige) gebreken die reeds genoegzaam bij die koper bekend zijn. Hierop valt wat mij betreft weinig af te dingen, zeker indien wordt bedacht dat de verkopend makelaar niet als belangenbehartiger van de koper heeft te gelden. Een koper die behoefte aan deskundige bijstand heeft, dient zelf een makelaar in de arm te nemen.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden en het Hof 's-Hertogenbosch zijn overigens – terecht – uitgegaan van het beoordelingskader dat de Hoge Raad in het arrest *Savills/Pasman*<sup>29</sup> heeft geformuleerd, inhoudend dat in ieder concreet geval aan de hand van de gegeven omstandigheden (door de rechter) moet worden bepaald of het handelen c.q. nalaten van de verkopend makelaar als onrechtmatig jegens de koper is aan te merken. Dit kader geldt ook bij de beoordeling of het vermelden van een onjuist gebruiksoppervlak in de verkoopinformatie (aangaande een woning) een onrechtmatige daad oplevert. Uit het (hiervoor besproken) arrest van de Hoge Raad van 13 juli 2018 valt af te leiden dat een makelaar die een onjuist oppervlak – d.w.z. een niet conform de Meetinstructie vastgesteld oppervlak – in de verkoopinformatie heeft vermeld, daarmee *in beginsel* een onrechtmatige daad jegens de koper pleegt. Dit is slechts anders indien uit de omstandigheden van het concrete geval volgt dat de koper aan de juistheid van het opgegeven oppervlak had behoren te twijfelen. De makelaar heeft de stelplicht en de bewijslast ter zake van die omstandigheden.

Een makelaar zal niet in staat zijn om het belang van zijn opdrachtgever optimaal te behartigen indien hij ook (direct) betrokken is bij de wederpartij van zijn opdracht-

26. ECLI:NL:HR:2013:BY6183.

27. ECLI:NL:HR:2017:2366.

28. Het arrest van de Hoge Raad bevat interessante overwegingen over de mogelijkheid om – in afwijking van het (forfaitaire) stelsel van art. 237-240 Rv – de *werkelijke* proceskosten als schadevergoeding van de (in het ongelijk gestelde) wederpartij te vorderen. Ik verwijst naar met name r.o. 3.5.2-3.6 van het arrest van 15 september 2017.

29. ECLI:NL:HR:2012:BU9891.

gever (bij de te sluiten koopovereenkomst). Iedere vorm van belangenverstrengeling moet worden vermeden. Welke rechtsgevolgen heeft het feit dat de makelaar tegenover zijn opdrachtgever heeft *verzwegen* dat hij direct bij de wederpartij betrokken is? Deze vraag is beantwoord in de diverse arresten die in het geschil tussen Van Eendenburg en Alternatieve zijn gewezen. De makelaar heeft geen recht op courtage en is aansprakelijk voor de schade die de opdrachtgever lijdt doordat hij zijn betrokkenheid bij de wederpartij (opzettelijk) heeft verzwegen. Verder is de koopovereenkomst die – door de bemiddeling van de (verzwijgende) makelaar – tot stand is gebracht, vernietigbaar op grond van bedrog.